

Análisis de la Constitucionalidad del Protocolo Facultativo de la CEDAW de cara a su ratificación por parte del Estado de El Salvador¹

Sergio Aguiñada

I. Origen, naturaleza y contenido del Protocolo

El Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) fue concebido desde el mismo momento en que se estaba redactando la Convención en 1976, con el fin de desarrollar los mecanismos necesarios para la efectiva aplicación de la misma. Más no fue sino hasta 1999, que tras un proceso de 23 años, fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Es una norma de Derecho Internacional Público, y como tal de obligatorio cumplimiento para los países que se adhieren al mismo, es decir para los Estados Parte.

Consiste en un conjunto normativo que establece los mecanismos para la vigencia de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, definiendo procedimientos y competencias específicas del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Básicamente se establece la competencia especial del Comité así como la creación del procedimiento de “comunicación” el cual puede ser activado por

cualquier “*personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas*” (Art. 2)

Finalmente, dispone lo relativo a los informes especiales en virtud del procedimiento de comunicación y el informe de situación anual relativo al proceso de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en los Estados Parte.

II. Principales argumentos en contra de la ratificación

El Protocolo Facultativo de la CEDAW ha resultado ser altamente polémico en virtud de los mecanismos de eficacia que incorpora. Se han esgrimido una serie de argumentos en contra, los cuales responden a posiciones ideológicas en cuanto a diversos temas vinculados al ideal de mujer, su rol y desenvolvimiento social.

Aún así, desde una perspectiva netamente jurídica encontramos que dichos argumentos constituyen la más de las veces conjeturas sin base cierta, cuyo valor puede radicar en todo caso en llamar la

atención respecto de lo controversial del elemento esencial de la CEDAW: el cambio de situación.

La mayoría de argumentaciones en contra del Protocolo parten de una previa aceptación de la CEDAW, y con ello de la aceptación del principio de no discriminación contra la mujer.

Dichos argumentos se engloban en la posible afectación de la soberanía de los Estados que decidan constituirse Parte del mismo. La afectación de la soberanía se produciría por tres vías, principalmente: (1) Modificación de la legislación interna mediante procedimientos ajenos al sistema constitucional de cada Estado; (2) Uso de la analogía como herramienta para aplicación de la CEDAW y (3) Sanción a los Estados que incumplan y consecuente violación del principio de Buena Fe propio de Derecho Internacional Público. Analicemos uno por uno.

1. Modificación de la legislación interna mediante procedimientos ajenos al sistema constitucional de cada Estado

Este punto suele justificarse en el hecho que el Protocolo le da al Comité la facultad de realizar cambios en la legislación y las prácticas nacionales.

En primer lugar, el Protocolo no dota de tal facultad al Comité, el cual es constituido solamente con el fin de “examinar los progresos realizados en la aplicación” de la Convención (Art. 17 CEDAW).

Los argumentos en contra de la ratificación del protocolo facultativo de la CEDAW... responden a posiciones ideológicas en cuanto a diversos temas vinculados al ideal de mujer, su rol y desenvolvimiento social.

En segundo lugar, el Comité como principal órgano de aplicación de la CEDAW, está llamado a fomentar el cambio de las prácticas sociales en torno a la mujer, lo cual pasa necesariamente por cambios en los sistemas legales o institucionales.

Ahora bien, resulta evidente, que “fomentar” no implica una facultad jurídica de modificar efectivamente la legislación interna de un país, por el contrario, dista mucho de ello, circunscribiéndose a meras opiniones o recomendaciones orientadas a impulsar acciones que procuren el cambio.

El llamado a fomentar se deriva de lo manifestado expresamente por las Partes en la parte inicial de la CEDAW, en los “Fundamentos” o “Considerandos”. En dicha parte se establece el compromiso de las Partes a fomentar un cambio de la situación presente de la mujer (a través de la legislación y prácticas) con el fin de transitar a otra situación futura donde la mujer no sea discriminada.

Así, las Partes manifiestan que: “a pesar de... diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones” fijándose por tanto como meta “el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer” y reafirmando la firme convicción de “a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones” (considerandos 6, 9 y final de la CEDAW).

Por tanto, si como Estado se es Parte de la CEDAW, en consecuencia se asumen el diagnóstico, los principios y compromisos manifiestos en la ella y para el caso específico, el de modificar la situación de las mujeres lo cual deberá hacerse a través de los diversos mecanismos que permitan transformar la situación actual en función de aquella concebida en el marco de la Convención.

En conclusión, si en ningún momento a lo largo de los textos de la Convención o el Protocolo se le brinda al Comité la facultad de emitir, modificar o derogar las leyes internas de un Estado Parte, dicho Comité no tiene la potestad de hacerlo, la cual sigue siendo propia de los Estados y por tanto su soberanía no se ve afectada.

2. Uso de la analogía como herramienta para aplicación de la CEDAW

En este segundo punto se argumenta que el Comité, en su labor de “*examinar los progresos realizados en la aplicación*” de la Convención (Art. 7) realiza una actividad interpretativa que sobrepasa las reglas de aplicación de las normas jurídicas en tanto utiliza la analogía como método de interpretación y por ende aplicación.

Ante este argumento podemos afirmar que la actividad del Comité más que consistir en un uso de la analogía, es un ejercicio de interpretación extensiva, la cual se diferencia de la primera y constituye una variante de la interpretación literal. Siguiendo el razonamiento de Suñe Llinas:⁶ “*El criterio diferenciador más nítido entre analogía e interpretación extensiva, estriba en que la analogía se basa en extraer los principios que informan la*

regulación de uno o varios supuestos normados, para aplicarlos después a casos que guardan identidad de razón con los previstos en aquellas normas. La interpretación extensiva, en cambio, afecta más a la disposición que a la norma propiamente dicha; pues no trata de alumbrar una nueva norma a través de la inducción de principios generales del Derecho, a partir de otra u otras normas expresas, sino de rebasar una interpretación de tipo estrictamente declarativo de una norma expresa. La interpretación extensiva no deja de ser una variedad de la literal, con el matiz de que los términos en que está redactada la correspondiente disposición se interpretan en sentido amplio y no meramente declarativo”.

En conclusión el Comité en sus actuaciones realiza un ejercicio de interpretación extensiva y no de analogía, lo cual es permitido dentro de las reglas de interpretación de las normas jurídicas en función de su aplicación al caso concreto y por tanto, no se está violando la soberanía del Estado en cuanto a las reglas establecidas por él mismo.

3. Sanción a los Estados que incumplan y consecuente violación del principio de Buena Fe propio de Derecho Internacional Público

Se aduce que el Comité tiene potestad de sancionar a los Estados Parte si establece que ha habido un incumplimiento de la Convención, lo cual implicaría una violación a la soberanía y el quebrantamiento del principio de Buena Fe que rige el Derecho Internacional, en el sentido que el cumplimiento de los Convenios Internacionales parte antes que nada de la voluntad manifiesta de los Estados dada su adhesión al mismo.

Ante esta posición, cabe aclarar que en ningún momento el Protocolo faculta al Comité a sancionar de ninguna manera a un Estado Parte al que compruebe alguna violación a la Convención.

Ahora bien, el hecho que un informe (ya sea derivado de un procedimiento de comunicaciones por una posible violación de derechos o el anual de actividades, artículo 8 ó 9, respectivamente) resulte negativo para un Estado Parte y que éste implique potencialmente una especie de sanción moral, no implica jurídicamente que se otorgue al Comité una potestad sancionatoria, sino que es un efecto propio de las normas jurídicas internacionales y, la más de las veces, lamentablemente, el único posible por la limitada coercibilidad de dicho tipo de normas. Con todo y ello, dicha sanción moral puede suceder o no, dependiendo de los intereses políticos concretas de la comunidad internacional.

III. Carácter no vinculante de las recomendaciones del Comité de la CEDAW

Finalmente, un argumento esgrimible frente a la idea de “amenaza a la soberanía estatal”, es el carácter no vinculante de las resoluciones de del Comité de la CEDAW, es decir, que no son de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados Parte.

El carácter no vinculante de los actos del Comité resulta claramente manifiesto tanto en el texto de la Convención como del Protocolo. Dicho carácter puede deducirse de tres aspectos:

1. En primer lugar y acaso la más importante, ninguno de dichos instrumentos establece potestades ni mecanismos que le permitan

obligar al algún Estado Parte a cumplir con sus resoluciones.

2. Por otra parte, tanto los conceptos como la redacción empleados en la Convención como en el Protocolo, no dejan lugar a duda del carácter no vinculante del producto del trabajo del Comité.

A manera de ejemplo podemos citar varias disposiciones tanto de la Convención como del Protocolo en los que el carácter no vinculante es claro. Para el caso de la CEDAW citaremos el artículo 21 que otorga la facultad al comité de hacer sugerencias y recomendaciones para la Asamblea General de las Naciones Unidas con base en los informes y datos transmitidos por los Estados Parte:

“Art. 21.- 1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.”

Como podemos notar en la cita anterior (el destacado y subrayado es nuestro) la Convención da la posibilidad al Comité de hacer sugerencias y recomendaciones. Por definición una sugerencia o recomendación no es algo imperativo sino eminentemente optativo, es decir que puede o no

cumplirse. Por lo que si bien el Comité puede formular sugerencias o recomendaciones, las mismas no tienen porque ser retomadas o llevadas a cabo por el Estado Parte respecto del cual se hicieron.

Otro ejemplo en el marco del Protocolo es lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 respecto del proceso de comunicación por presuntas violaciones a los derechos establecidos en la Convención.

Al respecto, el artículo 5 dispone que:

“Art. 5.- 1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.”

Para este caso, el Comité puede dirigir tan solo una solicitud (el destacado y subrayado es nuestro) al Estado Parte presuntamente violador de algún derecho consignado en la Convención y objeto del proceso de comunicación, para que adopte medidas provisionales. Una solicitud es muy distinta a un requerimiento, sobre todo cuando en el mismo artículo no se hace mención o no se consigna una correlativa obligación del Estado Parte de proporcionar tal información.

“Art. 6.- 3. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.”

Art. 7.- 3. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.”

Nuevamente, el Comité puede tan solo emitir recomendaciones u opiniones, pero en ningún momento sentencias o resoluciones, que esencialmente son vinculantes. Más aún, en el numeral 5 del citado artículo 7 del Protocolo, podemos notar el altísimo nivel de discrecionalidad dado a los Estados Parte y, por ende, las grandes limitaciones del Comité, pues que, en caso de un supuesta violación de algún derecho consignado en la Convención, el Comité solo puede INVITAR (el destacado y subrayado es nuestro) a dicho Estado para que presente más información sobre las acciones tomadas para reparar y prevenir nuevas violaciones. Por tanto, el Estado Parte puede o no brindar más información, puesto que en ningún momento se encuentra obligado a proporcionarla.

Art. 5. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones o recomendaciones del Comité, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención.”

3. El carácter potestativo de las acciones exigidas a los Estados Parte en virtud de las recomendaciones u opiniones del Comité.

Como ejemplo podemos tomar lo dispuesto en numeral 4 del artículo 6:

*“Art. 6.- 4. El Estado Parte **dará la debida consideración** a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité.*

La expresión “dará la debida consideración” (el destacado y subrayado es nuestro) claramente no implica una obligación de cumplir con lo manifestado por el Comité a través de sus opiniones y/o recomendaciones. Además, dicha expresión resulta bastante ambigua, pudiendo el Estado Parte, en principio tomar una gran diversidad de acciones que a su juicio constituyan una debida consideración, pero no necesariamente cumplir al pie de la letra lo dicho por el Comité.

Por tanto, si los productos del Comité son claramente no vinculantes, su capacidad de afectación de la soberanía nacional de un Estado Parte resulta a su vez mínima, por no decir nada.

Ahora bien, en orden a sumar argumentos a este punto basta hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo. El mencionado artículo establece la posibilidad de que los Estados interesados en ser Parte del Protocolo pueda no reconocer la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9 del mismo.

*“Art. 10.- 1. Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, **declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9.***

2. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.”

Los artículos 8 y 9 contienen el mayor mecanismo de exigibilidad de la Convención, por tanto los Estados Partes no solo de hecho tienen salvaguardada su soberanía en los temas relativos a la condición de desigualdad de la mujer, por el carácter no vinculante de las actuaciones del Comité (ver supra) sino que se aseguran la posibilidad de no verse sometidos al mecanismo con mayor fuerza del Protocolo.

En conclusión, resulta por demás obvio, que al adherirse al Protocolo, los Estados no solo reafirman el compromiso asumido a través de la CEDAW, sino que asumen otra serie de compromisos nuevos y que implican un paso más tanto en la vigencia de la Convención, pero sobre todo, respecto de los principios e ideales que la inspiran.

La oposición a la ratificación del Protocolo reside, más que en su inconstitucionalidad, en diferencias ideológicas relativas al rol de la mujer en la sociedad salvadoreña. En la medida que el Protocolo introduce mecanismos concretos –aunque claramente limitados

e insuficientes- para la efectiva aplicación de lo declarado en la CEDAW, en esa medida se encuentra una oposición más cerrada, ya que significa un principio de concreción de lo dispuesto por ella.

Por tanto, hay que diferenciar los planos de discusión: uno eminentemente técnico (jurídico) en el cual los argumentos esgrimidos hasta ahora son claramente infundados y no sustentan un reclamo de inconstitucionalidad. El otro, eminentemente ideológico, referido a la concepción de la mujer en el marco de la sociedad salvadoreña.

IV. Constitucionalidad del Protocolo

Dicho lo anterior, el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas

de Discriminación contra la Mujer, no resulta contrario a la Constitución de la República de acuerdo a lo establecido en los artículos 145 y 146, ya que:

- (1) No restringe ni afecta ninguna disposición constitucional
- (2) No se altera la forma de Gobierno
- (3) No se menoscaba: (a) la integridad del territorio, (b) la soberanía, (c) la independencia de la República, ó (d) las garantías fundamentales de la persona humana

Por tanto, el mencionado Protocolo Facultativo puede ser ratificado por la Asamblea legislativa.

NOTAS

¹ Este artículo fue elaborado con el apoyo de TROCAIRE.

² Además de lo dicho anteriormente, se debe considerar que para cierta parte de la doctrina la analogía no está del todo prohibida dentro de las reglas de aplicación de una norma jurídica. Existe un tipo de analogía que si es permitida, que resulta legítima "es la asignación de la regla de conducta obligatoria para una cosa, a otra cosa, sobre la que la Ley guarda silencio, en base a su semejanza con la cosa para la cual la Ley establece una conducta obligatoria o debido a una causa común subyacente a ambas". Suñe Llinás, Emilio (2001) *El Delito Informático como motor de cambios conceptuales en el Derecho Penal*. Revista de Derecho Informático, Alfa-Redi Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=888>

Por tanto, al Comité bien le está dado poder aplicar la analogía como método de aplicación de las normas contenidas en la CEDAW, siempre que se haga en función de la semejanza y la finalidad común de ambos hechos.